

La généralisation de l'analyse fondée sur les effets

(Ententes et abus de position dominante)

1 **D'où vient l'analyse fondée sur les effets ?** L'École de Chicago est à l'origine de son développement. On sait que l'analyse économique du droit appliquée au droit antitrust a entraîné son reflux au nom de l'efficacité économique (1). Les effets pervers de la norme ont été dénoncés. Les infractions **per se** ont été tout spécialement critiquées : elles procédaient d'une application erronée de la prohibition en ce qu'elles méconnaissaient l'efficacité de certaines pratiques contractuelles.

2 **Comment l'analyse fondée sur les effets a-t-elle évolué aux États-Unis ?** Le courant Post-Chicago a admis le bien-fondé d'une approche de l'antitrust plus ancrée dans la réalité. Mais il a critiqué l'École de Chicago pour ses modèles élégants, mais par trop simplificateurs, au risque de contrefaire la réalité (2). La complexité des marchés appelle une analyse économique approfondie et la règle de raison ne peut pas être invoquée sur des présupposés aussi critiquables que ceux qui conduisent aux infractions **per se**. Il faut rompre avec une application « en aveugle » aussi bien pour la règle de raison que pour la prohibition. Il en est résulté une sophistication de l'analyse économique.

3 **Quels sont les enjeux en termes de politique de concurrence ?** Sur le plan positif, il faut souligner que la norme antitrust est cantonnée dans son application aux restrictions de concurrence véritablement nocives. Cela suscite, bien évidemment, une meilleure « acceptabilité sociale » du droit antitrust, car les entreprises gagnent en liberté contractuelle. Il devient alors crucial de savoir mesurer les gains d'efficacité avec autant de précision que les effets qui donnent l'apparence d'une restriction de concurrence. Mais il existe un revers de la médaille. Sur le plan négatif, une analyse approfondie au cas par cas présente plusieurs travers. D'abord, les coûts sont très élevés pour une autorité de concurrence. Mais, aux États-Unis, 90 % du contentieux relève du « **private enforcement** ». Le coût de la preuve est donc assumé par les parties (3). Ensuite, se pose le problème de l'accessibilité de l'analyse économique au juge, mais aussi sa fiabilité. Le courant Post-Chicago est à son tour très critiqué. On lui reproche la complexité de ses tests, mais aussi leur « manque de robustesse ». Aux États-Unis, le juge est un généraliste et l'enjeu de l'« **administrability** » est désormais considéré comme étant majeur (4). Enfin, l'analyse au cas par cas pose le problème de la sécurité juridique des entreprises. C'est précisément le manque de prévisibilité qui avait conduit au développement des infractions **per se**. La tension entre règle de raison et infraction **per se** a ensuite suscité le développement de « règle de raison structurée » ou « **quick look** » ainsi que d'autres approches dites « abrégées » (5). En tout état de cause, il s'avère difficile de placer le curseur au juste degré. Tout ceci souligne combien les choix de politique de concurrence ne sont pas aisés et combien les efforts de la Commission européenne méritent d'être mis en valeur.

4 **Comment s'est développé en Europe l'intérêt pour l'approche fondée sur les effets ?** À partir des années 1980, la mondialisation des marchés a été telle que le principe d'extraterritorialité a fait s'entrechoquer avec fracas les différents systèmes antitrust. La confrontation entre les États-Unis et l'Europe a été vive, mais on peut considérer qu'elle a été bénéfique pour cette dernière, puisqu'elle a déclenché à partir de 1997 le vaste mouvement de modernisation du droit communautaire de la concurrence. Pour être une force de proposition dans l'élaboration de normes à l'échelle mondiale, encore faut-il être sûr de soi. Karel van Miert a donc engagé une évaluation du droit de la concurrence en vue de son perfectionnement et, partant, de son rayonnement. Ceci a favorisé la prise de conscience d'un excès d'analyse formelle, par la voie d'infractions **per se**, et l'émergence de la « nouvelle approche économique », fondée sur l'identification d'un pouvoir de marché et la mise en avant des effets sur le marché. Ce contexte de renouveau a également favorisé une clarification des objectifs de la politique de la concurrence. Mario Monti n'a cessé de scander, comme le fait maintenant Nelly Kroes, que la vocation de l'antitrust était bien de protéger le bien-être du consommateur et non la situation des concurrents. Par conséquent, l'analyse fondée sur les effets doit être ancrée dans l'examen de la situation subie par le consommateur final.

5 **Dans quels textes ?** Le renouveau de la politique européenne de concurrence ne pouvait pas passer par une réforme des textes du Traité CE. La Commission ayant pour mission de définir une politique de concurrence, il convenait qu'elle ait recours à des documents d'accompagnement, par le biais de lignes directrices (6). En réalité, la force d'impulsion de sa nouvelle politique a été donnée par le moyen de règlements d'exemption par catégorie d'accords. Ce mécanisme propre à l'article 81, § 3 CE crée des « zones de sécurité » par le jeu de présomption d'innocuité. La « révolution culturelle » a consisté à introduire la nouvelle approche économique dans ce mécanisme reposant jusqu'alors exclusivement sur une analyse formelle, à partir de catalogues de clauses noires, grises et blanches. Parallèlement, il fallait expliciter dans des lignes directrices l'interprétation de ces nouveaux règlements d'exemption par catégorie ainsi, que, à défaut des conditions pour en bénéficier, l'interprétation de l'article 81, § 1 pour établir la nocivité d'une pratique et celle de l'article 81, § 3 pour octroyer une exemption individuelle. Les premiers textes ont été adoptés à propos des restrictions verticales (7), puis à propos des restrictions horizontales (8), à propos de restrictions verticales spécifiques (9) et à propos des transferts de technologie (10). La Commission s'est ensuite donnée la peine de présenter un texte de portée générale, explicitant l'interprétation de l'exemption individuelle sur la base de l'article 81, § 3, mais en prenant le soin de reprendre les jalons nécessaires à l'interprétation de l'article 81, § 1 (11). Ce texte essentiel trouve sa pleine nécessité dans le cadre de la grande réforme procédurale relative à la mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (12). Il manquait un texte d'accompagnement relatif à l'article 82 CE. Celui-ci supposait un effort de réflexion et de consultation dignes de l'ampleur déployée pour le renouveau de l'article 81 CE. La Commission a donc présenté un document posant à la fois un bilan et des propositions pour lancer les consultations (13). Elle a parallèlement commandé un rapport à un groupe d'experts (14). Les lignes directrices relatives à l'article 82 CE sont sur le point d'être publiées. À travers les textes adoptés ou sur le point de l'être, nous pouvons donc évoquer une généralisation de l'approche fondée sur les effets. Cependant, il faut apporter des nuances.

6 **La méthode retenue pour introduire l'analyse fondée sur les effets dans la mise en oeuvre de l'article 81 CE.** La part de l'analyse fondée sur les effets est limitée. D'abord, en raison de la rédaction même de l'article 81, § 1 CE. Est prohibée toute pratique ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel. Encouragés peut-être par la rédaction de cet article qui fait figurer en premier lieu l'objet anticoncurrentiel, la Commission et le juge communautaire considèrent que la recherche de l'objet prime la recherche des effets anticoncurrentiels. Les lignes directrices relatives à l'article 81, § 3, qui sont de portée générale, sont expresses sur ce point d'interprétation du § 1. En outre, elles précisent que la qualification de l'objet anticoncurrentiel est acquise face à des restrictions caractérisées telles qu'elles sont définies dans les règlements d'exemption. On sait que la nouvelle approche économique n'a pas balayé l'existence de clauses noires. Censée aboutir à ce que seules les dérives du pouvoir de marché soient appréhendées, cette nouvelle approche butte cependant sur la définition de restrictions caractérisées. Face à de telles clauses, l'analyse au cas par cas fondée sur les effets n'a aucune prise (pt 21). La prohibition est automatique. Enfin, ces mêmes lignes directrices de portée générale, à l'instar des lignes directrices spéciales, insistent sur le fait que, en matière d'exemption individuelle, les restrictions caractérisées ne remplissent pas « d'ordinaire » les deux premières conditions du § 3 (pt 46). La question se pose de savoir quelle situation « extraordinaire » permettra de sauver une restriction caractérisée dans une analyse au cas par cas. Ce constat est donc de nature à relativiser l'ampleur de l'analyse fondée sur les effets si l'on s'attache à une analyse au cas par cas. En réalité, la démarche de la Commission est celle d'une approche fondée sur des effets « hautement probables » qui donne une large place à un jeu de présomptions.

7 **Quelle méthode retenir pour introduire l'analyse fondée sur les effets dans les lignes directrices relatives à l'article 82 CE ?** Tout repose sur le constat selon lequel certaines clauses ont fait l'objet dans la pratique décisionnelle de la Commission et dans la jurisprudence de la CJCE d'un traitement similaire à celui des infractions **per se**. Il s'agit des pratiques contractuelles placées dans la catégorie des abus d'éviction, tels que les prix prédateurs, des pratiques contractuelles fidélisantes, de l'approvisionnement exclusif et des ventes liées. Les économistes ont adressé les critiques les plus vives à l'encontre de cette approche formelle, parce qu'elle ne prenait pas en compte l'efficacité économique que ces clauses pouvaient engendrer (15). L'explication fournie tient à la difficulté de mettre en oeuvre le concept de « concurrence par les mérites » consacré par la Cour de justice dans l'arrêt Hoffman LaRoche (16). Non définie, la formule vide de sens n'a pu fournir un cadre lisible de pratique décisionnelle et, pour parer à l'imprévisibilité, voire l'incohérence, les institutions européennes ont peu à peu glissé vers une approche formelle rigide en établissant une typologie de pratiques réputées dangereuses, appréhendées comme des présomptions d'illicéité quasi irréfragables (17). Aussi, les recommandations des experts de l'EAGCP vont vers une caractérisation des effets dans une analyse au cas par cas. Mais les travers en sont bien connus : le coût et surtout la complexité qui, en affectant l'accessibilité de la norme, perturbe gravement la sécurité juridique. Aux antipodes de ces recommandations, le président du Bundeskartellamt s'est quant à lui prononcé fermement en faveur d'infractions **per se**, déterminées à l'aune de l'analyse économique, au nom de la sécurité juridique et de l'efficacité de la politique européenne de concurrence (18).

Entre ces deux positions, peut-on dégager une position médiane ? La marge de manoeuvre de la Commission est assurément étroite. Ses propositions s'inspirent directement de la nouvelle approche expérimentée en premier lieu à propos des restrictions verticales. Elles s'appuient là encore sur des présomptions en vue de dégager une zone de sécurité : un seuil en parts de marché pour caractériser la dominance et des tests par type de restriction. Mais ceux-ci risquent fort de se rapprocher d'infractions **per se** si la preuve contraire devait être difficile à rapporter (19). En contrepoint de cette approche fondée sur des effets probables, elle introduit un test général qui donne une vraie place à une analyse des effets au cas par cas avec la possibilité de prendre en compte des justifications objectives et des gains d'efficacité, en mentionnant singulièrement les quatre conditions de l'article 81, § 3. Ce double parallélisme avec l'article 81, § 3 dans le traitement des règlements d'exemption et de l'exemption individuelle, est critiqué au motif

qu'il va au-delà de la lettre de l'article 82 CE. **(20)**. Ceci nous amène à penser qu'il y a certes une généralisation d'une analyse fondée sur les effets, mais que cette analyse est fortement encadrée.

8 Axes directeurs de l'étude. Au regard de ces données, l'actualité 2006 nous conduit à constater un double renforcement de l'analyse fondée sur les effets. S'agissant du droit des ententes, le mouvement est celui de l'approfondissement grâce à l'impulsion du juge communautaire **(1)**. S'agissant du droit des abus de position dominante, le propos est celui d'une anticipation de l'extension de l'analyse fondée sur les effets dans la pratique décisionnelle et juridictionnelle en France **(II)**.

I. L'approfondissement de l'analyse fondée sur les effets dans le droit des ententes

9 L'inflexion du juge communautaire. D'emblée, il faut souligner que l'analyse fondée sur les effets, dans son expression la plus forte qu'est une appréciation au cas par cas, n'a qu'un caractère subsidiaire dans la qualification d'une restriction de concurrence. L'opération de qualification dépend en premier lieu de l'interrogation sur l'existence ou non d'un objet anticoncurrentiel. Pour autant, il ne faut pas minorer le rôle de l'analyse sur les effets. L'actualité jurisprudentielle de l'année 2006 atteste singulièrement qu'elle est promise à de beaux développements, même lorsque l'objet anticoncurrentiel est retenu **(A)**. Quant au domaine naturel de l'analyse fondée sur les effets, il apparaît lorsque l'objet anticoncurrentiel fait défaut et aussi, c'est un aspect essentiel, lorsqu'il s'agit d'examiner l'octroi d'une exemption individuelle **(B)**. Sur ces deux plans, deux arrêts importants du TPICE, dans l'affaire 02 **(21)** et l'affaire GSK **(22)**, méritent un examen attentif pour bien saisir l'approfondissement qu'ils impliquent dans l'analyse des effets au cas par cas.

A. Le rôle singulier de l'analyse fondée sur les effets... à l'égard de l'objet anticoncurrentiel

10 L'analyse des effets a bien un caractère subsidiaire dans la qualification **(1.)**. La qualification par l'objet anticoncurrentiel est pourtant fragilisée par la montée en puissance de l'analyse du contexte qui tempère la présomption de nocivité attachée à des pratiques réputées dangereuses **(2.)**. Ceci souligne l'intérêt d'un réflexe consistant à renforcer la qualification par l'objet par la recherche d'effets anticoncurrentiels **(3.)**. En définitive, l'analyse des effets permet d'étayer la qualification de restriction de concurrence fondée sur l'existence d'un objet anticoncurrentiel.

1. Le caractère subsidiaire de l'analyse fondée sur les effets dans la qualification de la restriction

11 Si l'on suit les lignes directrices relatives à l'article 81, § 3 CE, dans la partie consacrée au § 1, l'analyse des effets n'a bien qu'un caractère subsidiaire. La Commission énonce qu'« aux fins de l'application de l'article 81, § 1, il n'est pas nécessaire de prouver qu'un accord a eu des effets anticoncurrentiels, dès lors qu'il a pour objet de restreindre la concurrence » (pt 20).

Le TPICE rappelle aussi que la recherche des effets anticoncurrentiels n'a qu'un caractère subsidiaire.

– TPICE, 27 septembre 2006 : GlaxoSmithKline Services Unlimited (aff. T-168/01) :

« 111. Ainsi, lorsque l'examen des clauses d'un accord, effectué dans leur contexte juridique et économique, révèle en lui-même l'existence d'une altération de la concurrence, il peut être présumé que cet accord a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence (v. arrêt Société technique minière, pt 55, *supra*, p. 359 et 362, et arrêt Consten et Grundig/Commission, pt 110, *supra*, p. 497), de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'examiner l'effet (arrêt Consten et Grundig c/ Commission, pt 110, *supra*, p. 496, et arrêt Commission c/ Anic Partecipazioni, pt 75, *supra*, pt 99) ».

– TPICE, 13 décembre 2006 : FNCBV (aff. T-217/03) et FNSEA, affaire de la viande bovine (aff. T-245/03) :

« La suspension des importations et la fixation de prix minimaux ont par leur nature même pour objet de cloisonner le marché français et de restreindre le libre jeu de la concurrence. La prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue dès lors qu'il apparaît que celui-ci a pour objet d'empêcher ou de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun. Par conséquent la Commission n'était pas tenue de rechercher les effets concrets de ces mesures (pt 93) ».

Ainsi, pour écarter la qualification de restriction de concurrence, la Cour de cassation n'envisage les effets que parce qu'elle n'a pas pu caractériser préalablement un objet anticoncurrentiel.

– Cass. com., 17 janvier 2006 (pourvoi n° 04-19.092) :

Les aides commerciales spécifiques dites « pression import » consenties par Peugeot à ses concessionnaires français n'avaient ni pour objet ni pour effet de restreindre la liberté commerciale des concessionnaires. Elles visaient à venir en aide à ceux dont l'activité était localement affectée, de manière sensible, par le développement d'importations parallèles favorisées par les écarts de prix entre les États membres et les fluctuations des monnaies européennes. Une telle pratique n'était pas interdite par les règlements d'exemption n° 123/85 du 12 décembre 1984 et n° 1475/95 du 28 juin 1995, alors successivement en vigueur, dès lors notamment qu'il n'était démontré ni que le constructeur ou ses concessionnaires auraient restreint directement ou indirectement la liberté des utilisateurs finals, des intermédiaires mandatés ou des distributeurs de s'approvisionner auprès d'une entreprise du réseau de leur choix à l'intérieur du marché commun en produits contractuels ou en produits correspondants, ni que Peugeot aurait octroyé ces aides en tenant compte du domicile de l'acheteur ou du lieu de destination des véhicules revendus ; qu'en l'état de ces constatations, l'arrêt confirme la décision du Conseil constatant que l'effet négatif de ces aides sur le fonctionnement de la concurrence sur le marché national de la distribution automobile ou sur les échanges intracommunautaires ne ressort pas du dossier. Enfin il n'est pas établi que la baisse constatée des importations parallèles soit imputable à la mise en place de ces aides, d'autres explications, telle la convergence des prix de vente en Europe, étant à prendre en considération.

2. La qualification de restriction de concurrence est relativement fragilisée lorsqu'elle repose sur un objet anticoncurrentiel

12 **A priori**, cela ne devrait pas être le cas. Les lignes directrices relatives à l'article 81, § 3, dans la partie consacrée au § 1, précisent que les accords ayant pour objet de restreindre la concurrence sont ceux qui « par nature sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence qu'il est inutile aux fins de l'article 81, § 1 de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché » (pt 21). Elle poursuit en soulignant que « cette présomption repose sur la gravité de la restriction et sur l'expérience ». À titre d'illustrations, elle mentionne la fixation des prix et le partage des marchés. Elle renvoie aussi aux restrictions caractérisées visées dans les règlements d'exemption. Pour les accords horizontaux, elle rappelle la dangerosité de la fixation des prix, de la limitation de la production, du partage des marchés et de la clientèle. Pour les accords verticaux, elle rappelle la dangerosité de l'imposition de prix de revente fixes et de prix de revente minimaux, celle de la protection territoriale absolue dans les ventes passives. Ces indications semblent baliser avec beaucoup de sûreté le chemin vers la qualification juridique de restriction de concurrence.

13 Néanmoins, ces lignes directrices rendent aussi compte du développement jurisprudentiel relatif au « contexte général » qui doit éclairer l'appréhension de l'objet anticoncurrentiel. On sait que l'arrêt Wouters lui a donné un lustre particulier **(23)**. Sans le citer, mais on sait aussi combien cet arrêt l'a agacée, la Commission admet que « avant de pouvoir déterminer si une restriction donnée a pour objet de restreindre la concurrence, il peut s'avérer nécessaire d'examiner les faits sur lesquels repose l'accord ainsi que les circonstances spécifiques dans lesquels il fonctionnera » (pt 22). Paradoxalement, elle poursuit en indiquant que le contexte général sert à caractériser l'objet anticoncurrentiel d'un accord alors même qu'il n'apparaît pas en tant que tel. Ainsi, les « modalités concrètes d'un accord » peuvent lui conférer ce caractère. En réalité, le critère du « contexte général » est plutôt un élément qui sert à neutraliser un objet anticoncurrentiel flagrant.

14 C'est bien en ce sens d'une relativisation de l'objet anticoncurrentiel que se prononce le TPICE. Il énonce d'abord une généralité sur l'importance du contexte général.

– TPICE, 2 mai 2006 : O2 GmbH c/ Commission européenne (aff. T-328/03) :

« 66. Pour apprécier la compatibilité d'un accord avec le marché commun au regard de la prohibition énoncée à l'article 81, § 1 CE, il convient d'examiner le contexte économique et juridique au sein duquel l'accord se situe (arrêt de la Cour du 25 novembre 1971, Béguelin Import, 22/71, Rec., p. 949, pt 13), son objet, ses effets ainsi que l'affectation par l'accord des échanges intracommunautaires, en tenant compte en particulier du contexte économique dans lequel opèrent les entreprises, des produits ou services visés par cet accord ainsi que de la structure et des conditions réelles de fonctionnement du marché concerné (arrêt de la Cour du 12 décembre 1995, Oude Luttikhuis e.a., C-399/93, Rec., p. I-4515, pt 10) ».

– TPICE, 27 septembre 2006 : GlaxoSmithKline Services Unlimited (aff. T-168/01) :

« 110. En conséquence, la caractérisation d'une restriction de la concurrence au sens de l'article 81, § 1 CE doit tenir compte du cadre réel et, donc, du contexte juridique et économique dans lequel se déploie l'accord auquel cette restriction est imputée. Une telle obligation s'impose pour en appréhender tant l'objet que l'effet (arrêt Société technique minière, pt 55, **supra**, p. 359 et 360 ; arrêts de la Cour du 13 juillet 1966, Consten et Grundig c/ Commission, 56/64 et 58/64, Rec., p. 429, 497, et du 12 décembre 1995, Oude Luttikhuis e.a., C 399/93, Rec., p. I 4515, pt 20) ».

Puis, il en tire comme conséquence que, au regard d'un contexte particulier, on peut relativiser la dangerosité des entraves au commerce parallèle. Il le fait d'autant plus facilement qu'il met en exergue le bien-être du consommateur comme finalité suprême de la politique de concurrence (pour la première fois pour une appréciation en substance, après l'avoir fait sur le plan procédural avec l'arrêt Österreichische Postsparkasse qu'il invoque d'ailleurs).

– TPICE, 27 septembre 2006 : GlaxoSmithKline Services Unlimited (aff. T-168/01) :

« 115. Il ressort de la jurisprudence que des accords visant en définitive à interdire le commerce parallèle comme ayant pour objet d'empêcher la concurrence doivent en principe être considérés comme ayant pour objet d'empêcher la concurrence (arrêt Consten et Grundig c/Commission, pt 110, **supra**, p. 496 à 498 ; arrêts de la Cour du 1^{er} février 1978, Miller International c/ Commission, 19/77, Rec., p. 131, pts 7 et 18 ; 12 juillet 1979, BMW Belgium c/ Commission, 32/78, 36/78 et 82/78, Rec., p. 2435, pts 20 à 28 et 31, et Sandoz Prodotti Farmaceutici c/ Commission, pt 76, **supra**, pt 16) ».

« 117. Toutefois, c'est à juste titre que GSK soutient que, compte tenu du contexte juridique et économique, la Commission ne pouvait pas s'appuyer sur la seule circonstance que l'article 4 des conditions générales de vente instaurait un système de prix différenciés visant à limiter le commerce parallèle pour en conclure que cette stipulation avait pour objet de restreindre la concurrence ».

« 118. En effet, l'objectif assigné à l'article 81, § 1 CE, qui constitue une disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté, en particulier pour le fonctionnement du marché intérieur (arrêts de la Cour du 1^{er} juin 1999, Eco Swiss, C. 126/97, Rec., p. I 3055, pt 36, et 20 septembre 2001, Courage et Crehan, C. 453/99, Rec., p. I 6297, pt 20), est d'éviter que des entreprises, en restreignant la concurrence entre elles ou avec des tiers, réduisent le bien-être du consommateur final des produits en cause (arrêt du Tribunal du 7 juin 2006, Österreichische Postsparkasse et Bank für Arbeit und Wirtschaft c/ Commission, aff. T-213/01 et T-214/01, non encore publié au Recueil, pt 115 ; v. également, en ce sens, arrêt Consten et Grundig c/ Commission, pt 110, **supra**, p. 493, et arrêt de la Cour du 20 juin 1978, Tepea c/ Commission, 28/77, Rec., p. 1391, pt 56 ».

« 119. En conséquence, l'application de l'article 81, § 1 CE au cas d'espèce ne peut pas dépendre uniquement du fait que l'accord en cause vise à limiter le commerce parallèle de médicaments ou à cloisonner le marché commun, éléments permettant de conclure qu'il affecte les échanges entre États membres, mais requiert en outre une analyse destinée à déterminer s'il a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sur le marché en cause, au détriment du consommateur final. Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence citée aux points 111 et 112 ci-dessus, cette analyse, qui peut être abrégée lorsque les clauses de l'accord font apparaître en elles-mêmes l'existence d'une altération de la concurrence, comme la Commission l'a relevé lors de l'audience, doit en revanche être complétée, selon ce qu'exigent les circonstances de l'espèce, lorsque tel n'est pas le cas (arrêt Société technique minière, pt 55, **supra**, p. 358 à 361, et arrêt Consten et Grundig c/ Commission, pt 110, **supra**, p. 495 à 498) ».

Il faut souligner qu'il relativise la portée habituellement conférée à l'arrêt Consten :

« 120. En particulier, dans l'arrêt Consten et Grundig c/ Commission, pt 110, **supra**, qui a donné naissance à la jurisprudence citée aux points 115 et 116 ci-dessus, la Cour n'a pas jugé, contrairement à ce qu'a soutenu la Commission dans ses mémoires, qu'un accord visant à limiter le commerce parallèle devait être considéré par nature, c'est-à-dire indépendamment de toute analyse concurrentielle, comme ayant pour objet de restreindre la concurrence. Au contraire, la Cour s'est limitée, dans un premier temps, à retenir qu'un accord entre un producteur et un distributeur qui tendrait à reconstituer les cloisonnements nationaux dans le commerce entre États membres pourrait être de nature à contrarier les objectifs les plus fondamentaux de la Communauté (p. 494), considération qui l'a conduite à rejeter un moyen pris de l'inapplicabilité de l'article 81, § 1 CE aux accords verticaux (p. 492 à 494). Elle s'est livrée, dans un second temps, à une analyse concurrentielle, abrégée mais réelle, au cours de laquelle elle a notamment relevé que l'accord en cause visait à éliminer toute possibilité de concurrence au niveau du commerce de gros afin de pratiquer des prix soustraits à une concurrence efficace, considérations qui l'ont conduite à rejeter un moyen pris de l'absence de restriction de la concurrence (p. 496 à 498) ».

Nous aboutissons ainsi à une solution assez inédite sur les entraves au commerce parallèle.

« 147. En conséquence, la conclusion principale de la Commission, selon laquelle l'article 4 des conditions générales de vente est à considérer comme prohibé par l'article 81, § 1 CE dans la mesure où il a pour objet de restreindre le commerce parallèle, ne peut pas être retenue. Les prix des médicaments en cause étant soustraits dans une large mesure au libre jeu de l'offre et de la demande du fait de la réglementation applicable et fixés ou contrôlés par les pouvoirs publics, il ne peut pas être d'emblée tenu pour acquis que le commerce parallèle tend à les faire baisser et à accroître ainsi le bien-être des consommateurs finals. L'analyse des termes de l'article 4 des conditions générales de vente, effectuée dans ce contexte, ne permet donc pas de présumer que cette stipulation, qui vise à limiter le commerce parallèle, tend ainsi à réduire le bien-être des consommateurs finals. Dans cette situation en grande partie inédite (24), le caractère restrictif de concurrence de cet accord ne peut dès lors pas être déduit de la seule lecture de ses termes, effectuée dans son contexte, et ses effets doivent nécessairement être envisagés, ne serait-ce que pour vérifier ce que cette lecture a permis à l'autorité régulatrice de pressentir ».

15 Le triomphe de l'analyse **in concreto** nous « dérouté » du chemin bien balisé à la fois par la pratique décisionnelle et par la jurisprudence du juge communautaire. La « diabolisation » traditionnelle des entraves au commerce parallèle ne permet pas, en l'espèce, de fonder la présomption emportant le caractère d'objet anticoncurrentiel. Il y a bien fragilisation du critère de l'objet anticoncurrentiel qui n'a plus une portée automatique. Il s'agit d'une présomption simple : le contexte peut rapporter la preuve contraire. Ceci met en relief tout l'intérêt de la tendance par laquelle l'analyse des effets vient renforcer le critère de l'objet.

3. Tout en étant subsidiaire, l'analyse fondée sur les effets joue finalement un rôle important pour parachever la qualification de restriction par un objet anticoncurrentiel

16 Elle atténue le risque de contestation de la qualification d'un objet anticoncurrentiel dès lors qu'il ne constitue qu'une présomption simple. Ceci se constate à l'égard des présomptions posées dans les lignes directrices à propos des accords horizontaux, comme à propos des accords verticaux.

a) La recherche des effets pour renforcer la présomption d'objet anticoncurrentiel dans les accords horizontaux

17 À propos des accords horizontaux, sont mentionnées dans les lignes directrices les restrictions caractérisées relatives à la fixation des prix, à la limitation de la production, au partage des marchés et de la clientèle.

Il n'en demeure pas moins que le constat d'une fixation des prix est spontanément renforcé, dans la motivation, par la preuve de l'effet :

_ Cons. conc., 18 octobre 2006, déc. n° 06-D-30 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des taxis à Marseille :

Est condamné l'accord entre des syndicats marseillais de la profession de taxis qui a pour objet de créer et gérer une liste unique de cession d'autorisation de stationnement afin de fixer un niveau de prix de revente, d'autant que : « l'effet sur les prix de cessions des autorisations, aussi pour leur alignement que pour leur hausse régulière, est démontré par les relevés et graphiques présentés » (pt 75).

En revanche, tel n'est pas le cas face à une répartition du marché par refus d'accès à des prestations de service d'un abattoir opposé au concurrent des associés de la société exploitant la concession : le constat de l'objet anticoncurrentiel suffit pleinement.

_ Cass. com., 14 mars 2006, pourvoi n° 05-13.119, rejet du pourvoi contre CA Paris, 22 février 2005 ayant confirmé Cons. conc., 3 août 2004, déc. n° 04-D-39, sur saisine d'Ernée Viandes, affaire de l'abattoir de Laval :

Pratiques : refus discriminatoires (versement immédiat d'une caution bancaire) et fallacieux (saturation des capacités de l'abattoir).

Objet : empêcher l'entrée d'un concurrent sur le marché ; les associés craignaient la concurrence nouvelle d'un éleveur.

b) La recherche des effets pour renforcer la présomption d'objet anticoncurrentiel dans les accords verticaux

18 À propos des accords verticaux, sont mentionnées dans les lignes directrices, à titre d'illustration d'objets anticoncurrentiels, les restrictions caractérisées relatives à l'imposition de prix de revente fixes et de prix de revente minimaux, à la protection territoriale absolue dans les ventes passives.

Singulièrement, le cumul de ces deux objets concurrentiels ne suffit pas. Les effets anticoncurrentiels sont aussi soulignés, dans deux affaires, avec une insistance qui a été remarquée.

_ CA Paris, 1^{er} ch. sect. H, 4 avril 2006, approuvant le Conseil de la concurrence, 22 juin 2005, déc. n° 05-D-32 relative à des pratiques mises en oeuvre par Royal Canin :

1) Pratique par laquelle Royal Canin éditait à l'intention de ses grossistes distributeurs des barèmes de prix aux détaillants, avec système de contrôle par des remontées d'informations mensuelles. Idem pour la pratique à l'égard des détaillants avec remontrances.

2) Accords d'exclusivité réciproque par lesquels Royal Canin consentait une exclusivité territoriale en contrepartie d'un approvisionnement exclusif des grossistes.

Mention des effets :

1) Ils étaient réels dès lors que même dans un système de distribution exclusive une vente passive hors territoire doit être honorée et qu'en l'espèce un détaillant n'avait pas plus d'intérêt à s'adresser à un autre grossiste qui lui aurait précisé le même prix ; le Conseil de la concurrence a retenu à juste titre que les effets anticoncurrentiels étaient majorés par le fait qu'était instituée une remontée d'informations (p.15).

2) Absence de croquettes haut de gamme dans la grande distribution.

_ Cons. conc., 21 juillet 2006, déc. n° 06-D-22 relative à des pratiques mises en oeuvre par NGK France sur le marché des bougies pour deux roues :

Est condamnée la clause d'achat national exclusif incluse dans un contrat de distribution sélective de NGK France avec ses distributeurs dans la mesure où elle a pour objet d'empêcher leur approvisionnement auprès des filiales allemandes et italienne de NGK Japon, comme le confirment les propos des dirigeants.

Mention des effets :

Une politique de discrimination par les prix entre différents pays n'est pas anticoncurrentielle en soi, dès lors qu'elle permet d'adapter les prix à des consommateurs de plus faible revenu. Mais elle l'est dans le cas présent, puisqu'elle empêche les distributeurs de s'approvisionner dans les pays où les prix sont inférieurs à ceux de la France. En outre, plus la position du fournisseur sur son marché est importante, plus l'impact de la clause d'achat exclusif est sensible (cf. lignes directrices sur restrictions verticales) (pts 110 à 123).

L'affaiblissement de la concurrence intramarque a été très important du fait de la très forte position de NGK, en termes de notoriété et de parts de marché.

En revanche, les effets anticoncurrentiels ne sont pas invoqués dans des affaires portant sur des prix de revente imposés :

_ Cons. conc., 7 décembre 2006, déc. n° 06-D-37 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des cycles : clauses imposant des prix minima + clause interdisant des exportations.

– **Cons. conc., 9 mars 2006, n° 06-D-03 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des appareils de chauffage** : fourniture réservée aux grossistes revendant à des installateurs professionnels en vue d'exclure les grandes surfaces de bricolage : système de distribution ayant pour objectif de créer un partenariat exclusif sur une base non objective et discriminatoire.

– **Cons. conc., 13 mars 2006, déc. n° 06-D-04 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe** : la défense de l'image de marque ne peut justifier les restrictions à la liberté que conserve chaque producteur de fixer son taux de marge.

19 Pourquoi cette différence de méthode ? Les restrictions caractérisées sont de même nature. Peut-être faut-il simplement s'en tenir à l'explication tenant à l'instruction de chaque espèce. Lorsque les effets anticoncurrentiels sont établis, il est bienvenu de les mentionner par souci de parachever l'opération de qualification.

B. Le rôle naturel de l'analyse fondée sur les effets

20 Son caractère subsidiaire le fait naturellement intervenir dans la qualification de restriction de concurrence après le constat d'absence d'un objet anticoncurrentiel (2.). C'est un rôle qu'il ne faut pas négliger. Le TPICE nous invite à l'exploiter avec méthode. Ses arrêts, dans l'affaire O2 comme dans l'affaire GlaxoSmithKline, se veulent didactiques dans le maniement du test de la contre-situation factuelle. L'analyse fondée sur les effets a aussi un rôle naturel, et même essentiel, à jouer dans l'examen de l'exemption individuelle (3.). À ces deux égards, les affaires O2 et GlaxoSmithKline donnent prétexte au juge communautaire pour rehausser le standard de preuve économique à la charge de la Commission (1.).

1. Un standard élevé pour la preuve dans l'analyse fondée sur les effets

21 On relève dans l'arrêt GSK des attendus similaires à celui développé dans l'arrêt Tetra Laval relatif au contrôle des concentrations (25). Nonobstant l'appréciation discrétionnaire de la Commission en matière économique, celle-ci est tenue de fournir une motivation convaincante et cohérente qui est soumise au contrôle du juge communautaire. Le juge Legal avait envisagé sa généralisation : « l'arrêt de la Cour Tetra Laval est libellé de telle manière que ses attendus ne peuvent être cantonnés à la matière des concentrations mais, par leur généralité, couvrent l'application de l'ensemble des règles de concurrence, ententes, abus de position dominante et aides d'État » (26). Cette généralisation est effectuée par l'arrêt GSK rendu sous sa présidence. On observera que l'arrêt se prononce en ce sens tant pour l'article 81, §1 que pour le § 3. La qualité de la motivation vaut autant pour la qualification de la restriction que pour l'examen de l'exemption.

– **TPICE, 27 septembre 2006 : GlaxoSmithKline Services Unlimited (aff. T-168/01)** :

– À propos du paragraphe 1 :

« 57. À cet égard, le juge saisi d'une demande d'annulation d'une décision d'application de l'article 81, § 1 CE se livre à un entier contrôle de l'examen effectué par la Commission (arrêt de la Cour du 11 juillet 1985, Remia e.a. c/ Commission, 42/84, Rec., p. 2545, pt 34, et arrêt Bayer c/ Commission, pt 47, **supra**, pt 62), à moins que cet examen implique une appréciation économique complexe, auquel cas le contrôle est restreint à la vérification de l'absence de détournement de pouvoir, du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits et de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation de ces faits (arrêt Remia e.a. c/ Commission, préc., pt 34, et arrêt Aalborg Portland e.a. c/ Commission, pt 55, **supra**, pt 279) ».

– À propos du paragraphe 3 :

« 241. À cet égard, le juge saisi d'une demande d'annulation d'une décision d'application de l'article 81, § 3 CE se livre, dans la mesure où il est en présence d'appréciations économiques complexes, à un contrôle restreint, quant au fond, à la vérification de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation de ces faits et de l'exactitude des qualifications juridiques qui en sont déduites (arrêt Consten et Grundig c/ Commission, pt 110, **supra**, p. 501 ; arrêt Metro I, pt 109, **supra**, pt 25 ; arrêt Remia e.a. c/ Commission, pt 57, **supra**, pt 34 ; arrêt Aalborg Portland e.a. c/ Commission, pt 55, **supra**, pt 279).

242. Il lui incombe de vérifier non seulement si les éléments de preuve invoqués sont matériellement exacts, fiables et cohérents, mais également s'ils constituent l'ensemble des données pertinentes à prendre en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées (arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C 12/03 P, Rec., p. I 987, pt 39, et arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, General Electric c/ Commission, T 210/01, non encore publié au Recueil, pts 62 et 63) ».

2. Le rôle naturel de l'analyse fondée sur les effets dans la qualification de restriction de concurrence

22 L'analyse fondée sur les effets a naturellement sa place dès lors qu'il est constaté que l'accord n'a pas un objet anticoncurrentiel.

– **TPICE, 2 mai 2006 : O2 GmbH c/ Commission européenne (aff. T-328/03)** :

« 68. En outre, dans un cas comme celui de l'espèce où il est admis que l'accord n'a pas un objet anticoncurrentiel, il y a lieu d'examiner les effets de l'accord et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible ».

23 Conformément aux lignes directrices (pt 18), l'analyse fondée sur les effets consiste en une comparaison de la situation sans et avec l'accord ou la clause litigieuse, désignée sous l'appellation « **counterfactual test** » (27). La Commission y opère une distinction entre la concurrence intermarques et la concurrence intramarque. Pour la concurrence entre concurrents, la question à poser est : l'accord restreint-il la concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé en l'absence de l'accord ? C'est le cas pour l'affaire O2. Pour la concurrence intramarque, la question est : l'accord restreint-il la concurrence qui aurait existé en l'absence de la ou des restrictions contractuelles ? Dans l'affaire GSK, le Tribunal ne semble pas suivre la nuance. Il ne s'interroge pas sur l'absence de la clause litigieuse, mais sur l'absence de l'accord. En réalité, ses développements ultérieurs se concentrent bien sur la comparaison avec « la contre-situation factuelle » en l'absence de l'article 4 des conditions générales de vente.

– **TPICE, 2 mai 2006 : O2 GmbH c/ Commission européenne (aff. T-328/03)** :

« 68. (...) Le jeu de la concurrence dont il s'agit doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux, l'altération de la concurrence pouvant, notamment, être mise en doute si l'accord apparaît précisément nécessaire à la pénétration d'une entreprise dans une zone où elle n'intervenait pas (arrêt Société minière et technique, préc., p. 359 et 360) ».

– **TPICE, 27 septembre 2006 : GlaxoSmithKline Services Unlimited (aff. T-168/01)** :

« 162. Il convient, en second lieu, d'examiner les effets actuels ou potentiels de l'accord sur la concurrence. Cet examen implique de comparer la situation concurrentielle résultant de l'accord et celle qui existerait en son absence (arrêt Société technique minière, pt 55, **supra**, p. 360, et arrêt Deere c/ Commission, pt 112, **supra**, pt 76) ».

24 Dans ces deux affaires, O2 et GSK, le Tribunal met en avant le test de la « contre-situation factuelle ». Dans l'affaire O2, il reproche à la Commission de ne pas l'avoir effectué en la rappelant à l'ordre sur le plan méthodologique : il ne faut pas confondre le stade du § 1 et celui du § 3 (**a**). Dans l'affaire GSK, il opère lui-même le test de la « contre-situation factuelle » : ayant écarté l'objet anticoncurrentiel que la Commission avait retenu, il poursuit par lui-même la méthode de qualification (**b**).

a) L'erreur méthodologique de la Commission dans l'affaire O2 : les effets de l'absence de l'accord ont été intégrés au stade de l'exemption individuelle

25 Le Tribunal prend le soin d'intégrer sa propre jurisprudence dans l'analyse de la « contre-situation factuelle ». L'analyse fondée sur les effets en l'absence de l'accord n'est pas un bilan des effets pro et anticoncurrentiels (v. aussi les lignes directrices, pt 11).

_ TPICE, 2 mai 2006 : O2 GmbH c/ Commission européenne (aff. T-328/03) :

« 69. Une telle méthode d'analyse, s'agissant en particulier de la prise en considération de la situation de la concurrence qui existerait en l'absence d'accord, ne revient pas à effectuer un bilan des effets pro et anticoncurrentiels de l'accord et à appliquer de la sorte une règle de raison, dont le juge communautaire n'a pas admis qu'elle ait sa place dans le cadre de l'article 81, § 1 CE (arrêt de la Cour, 8 juillet 1999, Montecatini c/ Commission, C-235/92 P, Rec., p. I-4539, pt 133 ; arrêts du Tribunal M6 e.a. c/ Commission, préc., pts 72 à 77 ; 23 octobre 2002, Van den Bergh Foods c/ Commission, T-65/98, Rec., p. II-4653, pts 106 et 107) ».

Mais le Tribunal obscurcit cette déclaration. Il considère que la Commission a commis une erreur d'appréciation dans le « **counterfactual test** » en ne tenant pas compte d'éléments de fait au stade du § 1, alors qu'elle les a pris en compte au stade du § 3. Or les éléments qu'elle n'a pas retenus dans le cadre du § 1 ressemblent fort à des éléments pro concurrentiels (la pénétration du marché du marché des communications mobiles) :

« 77. Partie du postulat selon lequel O2 était présente sur le marché des communications mobiles, la Commission n'a, par conséquent, pas estimé devoir approfondir la question de savoir si, en l'absence d'accord, O2 aurait été présente sur le marché 3G. (...) Faut-il un tel examen objectif de la situation de la concurrence à défaut d'accord, la Commission n'a pu valablement apprécier dans quelle mesure l'accord était nécessaire à O2 pour pénétrer le marché des communications mobiles 3G. L'institution a, par conséquent, manqué à son obligation d'effectuer une analyse objective de l'impact de l'accord sur la situation concurrentielle.

78. Cette lacune ne peut être tenue pour dépourvue de conséquences. En effet, il ressort des considérations exposées par la décision dans le cadre de l'analyse de l'accord au regard des conditions posées par l'article 81, § 3 CE concernant la possibilité d'octroyer une exemption que, du point de vue même de la Commission, il était peu probable que O2 aurait été en mesure, individuellement, sans l'accord, d'assurer, dès le départ, une meilleure couverture, une meilleure qualité et des débits plus élevés pour les services 3G, de déployer un réseau et de lancer des services 3G rapidement, de pénétrer les marchés de gros et de détail en cause et d'être ainsi un concurrent efficace (considérants 122 à 124, 126 et 135). C'est en raison de ces circonstances que la Commission a considéré que l'accord pouvait bénéficier d'une exemption.

79. De telles considérations, qui impliquent une incertitude sur la situation concurrentielle et, en particulier, sur la position de O2 à défaut d'accord, montrent que la présence de O2 sur le marché des communications 3G ne pouvait être tenue pour acquise, comme la Commission l'avait postulé, et qu'un examen à cet égard aurait été nécessaire non seulement aux fins de l'octroi d'une exemption, mais, préalablement, aux fins de l'analyse économique des effets de l'accord sur la situation concurrentielle déterminant l'applicabilité de l'article 81 CE ».

Il poursuit son raisonnement. En l'espèce, la Commission n'a pas donné une appréciation concrète et précise de l'accord. L'analyse des effets doit reposer sur « le contexte général ». Elle ne saurait s'en tenir à des considérations générales propres à tout accord d'itinérance. Il s'avère que la Commission donne beaucoup d'information sur le contexte économique, juridique et technique de l'accord, mais qu'elle n'analyse pas l'impact de l'accord dans les faits.

« 85. Il ressort de ces appréciations que, pour la Commission, la nature même d'un accord d'itinérance, tel que celui conclu par les parties, emporte une restriction de la concurrence, du fait de la dépendance dans laquelle l'itinérance nationale placerait l'opérateur qui la pratique par rapport à l'opérateur visité. La restriction se manifesterait à trois égards : premièrement, du point de vue de la couverture du réseau, car l'itinérance constituerait un frein au déploiement du réseau de l'opérateur qui utilise le réseau de son partenaire, deuxièmement, s'agissant de la qualité des réseaux et des débits, parce que l'opérateur utilisateur dépendrait des choix techniques et commerciaux de l'opérateur visité et, troisièmement, en ce qui concerne les prix, du fait que les tarifs de gros de l'opérateur pratiquant l'itinérance seraient fonction des prix de gros payés à l'opérateur visité, ce qui serait le cas en l'espèce.

86. Or de telles considérations générales, qui pourraient être formulées pour tout accord d'itinérance nationale, ne reposent sur aucun élément précis démontrant leur exactitude dans le cas de l'accord conclu entre O2 et T Mobile.

87. Certes la décision contient en divers considérants des éléments de description du contexte de l'accord. Elle décrit le contexte économique, juridique et technique dans lequel l'accord prend place (considérants 6 à 22) et expose l'économie de l'accord en ses différentes stipulations, relatives au partage élargi de sites, au partage du RAN et à l'itinérance nationale (considérants 23 à 43). Elle examine également les marchés en cause, à savoir les marchés de gros et de détail, de produits et de services, ainsi que les marchés géographiques (considérants 44 à 72), et donne des informations sur la structure du marché en envisageant en particulier quels étaient les concurrents réels ou potentiels sur les différents marchés (considérants 73 à 77 et 96 à 99).

88. Toutefois, ces éléments, apportés à titre de présentation du secteur d'activité dans lequel opèrent les entreprises en cause, n'éclaircissent en aucune façon l'appréciation portée sur l'impact de l'accord ».

Les reproches sont précis :

_ d'abord, sur les effets restrictifs de concurrence de l'accord d'itinérance, la Commission n'a pas tenu compte des éléments nouveaux apportés dans une modification du contrat initial par lesquels apparaissait une distinction entre les zones urbaines et les zones d'importance secondaire et zones d'importance moindre. Elle ne l'a fait que dans le cadre de l'analyse du § 3 (pts 92 à 96) ;

_ ensuite, sur les effets restrictifs du mécanisme de détermination du prix, la Commission n'a pas étayé ses affirmations.

_ enfin, sur l'appréciation générale selon laquelle l'itinérance nationale restreindrait la concurrence parce qu'elle permettrait à l'opérateur la pratiquant de ralentir le déploiement de son réseau et parce qu'elle le placerait dans une dépendance technique et économique par rapport au réseau de l'opérateur visité (pt 102), le Tribunal rétorque :

« 108. La dépendance critiquée par la Commission résulte ainsi d'une inégalité de fait que, précisément, l'accord tend à rééquilibrer en plaçant O2 dans une position concurrentielle plus favorable, alors que sa situation réelle paraît la moins compétitive face aux autres opérateurs, concurrents réels ou potentiels, identifiés par la décision... ».

En l'espèce, il ne peut donc être exclu qu'un accord d'itinérance de la nature de celui conclu entre T-Mobile et O2, au lieu de restreindre la concurrence entre opérateurs de réseau, soit au contraire susceptible de permettre, dans certaines conditions, à l'opérateur le plus petit de concurrencer des acteurs prépondérants (...) établis.

26 Sur le fond, on adhère bien volontiers à l'analyse des effets à laquelle se livre le Tribunal dans le cadre du « **counterfactual test** ». Mais on ne le suit pas dans le choix du stade de l'appréciation. Il déclare que le bilan des effets pro et anticoncurrentiels n'a pas sa place dans le cadre de l'article 81, § 1. Il reproche ensuite à la Commission d'avoir retenu au stade du § 3 et non celui du § 1 des éléments qui sont, en définitive, des éléments proconcurrentiels (« une position concurrentielle plus favorable » ; permettre à « l'opérateur le plus petit de concurrencer les plus gros »). L'erreur méthodologique de la Commission est compréhensible, car on ne voit pas clair dans les préceptes posés par le Tribunal.

b) La mise en oeuvre, par le Tribunal, du counterfactual test dans l'affaire GSK, du fait de sa mise à l'écart de l'objet anticoncurrentiel

27 Après avoir nié l'existence d'un objet anticoncurrentiel du fait du contexte général, le Tribunal se devait de poursuivre l'opération de qualification en procédant par lui-même à l'analyse des effets dans le cadre du « **counterfactual test** ». Il applique ce test à la seule clause relative au prix, puisque GSK pose un problème de concurrence intramarque. En l'espèce, la Commission a pu retenir des faits que l'article 4 des conditions générales de vente faisait obstacle à la concurrence.

« 185. (...) la Commission pouvait, comme elle l'a fait au considérant 140 de la décision, déduire des constatations de fait rappelées aux points précédents que l'article 4 des conditions générales de vente faisait obstacle à cette concurrence et, en substance, à la pression qui aurait existé, en son absence, sur le prix unitaire des médicaments en cause, au détriment du consommateur final, entendu à la fois comme le patient et comme le système national d'assurance maladie, agissant pour le compte de ses ayants droit ».

Dans le raisonnement du Tribunal, il faut souligner une originalité. Il intègre le système national d'assurance maladie dans la catégorie des consommateurs finals aux fins d'apprécier l'effet sur le bien-être du consommateur :

« 188. Enfin, la Commission a constaté, aux considérants 33, 34, 52 et 134 de la décision, que certains systèmes nationaux d'assurance maladie tiraient partie, à des degrés divers et selon des modalités différentes, du commerce parallèle pour réduire le coût des médicaments qu'ils prenaient en charge (...) GSK admet également, en dernier lieu dans ses réponses aux questions écrites et lors de l'audience, l'existence de mesures prises par certains États membres en vue de récupérer une partie des économies réalisées par les officines pharmaceutiques par le biais du commerce parallèle ».

Après avoir écarté la qualification de restriction de concurrence sur la base d'un objet anticoncurrentiel, le Tribunal la retient sur la base des effets anticoncurrentiels :

« 190. Dès lors, il doit être conclu que la Commission a pu retenir, au vu d'éléments dont la pertinence n'a pas été valablement remise en cause par GSK, que l'article 4 des conditions générales de vente avait pour effet de réduire le bien-être des consommateurs finals en les empêchant de tirer avantage, sous la forme d'une baisse des prix et des coûts, de la participation des grossistes espagnols à la concurrence intramarque sur les marchés nationaux de destination du commerce parallèle d'origine espagnole ».

En l'espèce, l'analyse des effets se poursuit, à l'avantage de GSK, dans le cadre de l'examen de l'exemption individuelle.

3. Le rôle naturel et essentiel de l'analyse fondée sur les effets dans l'examen de l'exemption individuelle

28 Les considérations sur la réunion nécessaire des quatre conditions de l'exemption et celles sur la charge de la preuve (incombant à celui qui l'invoque) sont bien connues. On sait aussi que la Commission doit contester de manière convaincante les éléments qui lui sont soumis, avant de les écarter. En l'espèce, le juge considère que la Commission a failli à cette obligation à propos de l'élément sur lequel elle a concentré ses critiques, à savoir la contribution au progrès technologique. Il s'avère que les arguments qui lui étaient soumis, à propos de l'incidence du commerce parallèle sur les investissements en matière de recherche et développement, paraissaient vraisemblables eu égard à une communication de 1998 sur le secteur pharmaceutique. Pour cette raison, ils appelaient un examen approfondi. Le Tribunal reproche donc à la Commission une mise à l'écart lapidaire. Par là même, il rehausse le standard de preuve auquel la Commission doit satisfaire pour la mise en oeuvre du concept de contribution au progrès économique :

« 264. Ainsi, la communication COM(1998) 588 final, pt 135, **supra**, essentiellement consacrée à l'approfondissement du marché unique dans le secteur pharmaceutique, qui n'est pas en cause ici, fait également état du rapport existant, de l'avis de la Commission, entre l'innovation, le commerce parallèle et la concurrence dans ce secteur. Sa lecture permet de constater que, outre la déclaration citée au point 135 ci-dessus au sujet de l'incidence ambiguë du commerce parallèle sur le bien-être du consommateur final.

(...)

276. Une telle omission est particulièrement grave lorsque la Commission est appelée à déterminer si les conditions d'application de l'article 81, § 3 CE sont remplies dans le cadre d'un contexte juridique et économique, tel que celui caractérisant le secteur pharmaceutique, où le jeu de la concurrence est faussé par la présence de réglementations étatiques. En effet, cette circonstance impose à la Commission d'examiner avec une attention particulière les arguments et les éléments de preuve que lui présente la personne se prévalant de l'article 81, § 3 CE.

279. Dans ces conditions, la question du degré de corrélation entre le commerce parallèle et la R D ne pouvait pas être traitée sans plus d'approfondissement ni se satisfaire d'une conclusion lapidaire selon laquelle il n'était pas prouvé qu'il existait un lien de cause à effet entre le commerce parallèle (ou sa limitation) et la R D, comme l'exposent les considérants 151, 154, 155 et 159 de la décision ».

En outre, le juge se livre à un bilan des effets anticoncurrentiels, eu égard à la concurrence intramarque, et des effets proconcurrentiels, eu égard à la concurrence intermarques. On sait que, pour la protection des marchés, la concurrence intermarques est jugée plus significative que la concurrence intramarque. Cet élément supplémentaire aurait dû conduire la Commission à exercer un examen encore plus approfondi :

« 296. Cependant, la confrontation des éléments de preuve fournis par GSK et des autres éléments de preuve invoqués par la Commission dans la décision a fait apparaître clairement que, dans le secteur des médicaments, l'effet du commerce parallèle sur la concurrence est ambigu, dans la mesure où le gain d'efficacité qu'il est de nature à engendrer pour la concurrence intramarque, dont le rôle est limité par le cadre réglementaire applicable, est à rapporter à la perte d'efficacité qu'il est de nature à engendrer pour la concurrence entre marques, dont le rôle est central ».

Le Tribunal en conclut que :

« 308. Il résulte de ce qui précède que la Commission ne pouvait pas légalement conclure que, s'agissant de l'existence d'une contribution à la promotion du progrès technique, GSK n'avait pas démontré que la première condition d'application de l'article 81, § 3 CE était remplie. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments de GSK relatifs à l'existence d'une contribution à l'amélioration de la distribution de médicaments ».

29 En conclusion sur le traitement méthodologique des ententes contractuelles, tel qu'il apparaît dans l'année 2006, il est permis de retenir l'idée générale selon laquelle le TPICE entend promouvoir une analyse **in concreto** rapportée à l'objectif prépondérant du bien-être du consommateur final. Ceci entraîne pour l'ensemble de l'article 81, § 1 et 3 réunis, un rehaussement du standard de preuve économique à la fois pour la caractérisation de l'objet anticoncurrentiel, pour celle de l'effet anticoncurrentiel et enfin pour celle de la contribution au progrès économique. À tous les stades du raisonnement, il y a donc une mise en valeur de l'approche fondée sur les effets.

Ainsi, au stade du § 1 :

_ l'objet anticoncurrentiel n'est qu'une présomption simple de nocivité habituelle, dont on peut rapporter la preuve contraire par la prise en compte du contexte général de l'accord (affaire GSK). Cette fragilisation de l'objet anticoncurrentiel conduit les autorités de concurrence à renforcer spontanément une qualification de restriction par l'objet anticoncurrentiel en invoquant des effets anticoncurrentiels (exemples dans la pratique du Conseil et des juridictions françaises : affaires des taxis à Marseille, de l'abattoir de Laval, des croquettes pour chiens, des bougies pour deux roues). En tout état de cause, cette fragilisation donne plus de champ à l'analyse des effets puisque, dans les textes, l'effet anticoncurrentiel n'a qu'un rôle subsidiaire dans la qualification de la restriction : il n'est recherché qu'à défaut d'un objet anticoncurrentiel ;

_ dans la recherche des effets anticoncurrentiels, l'analyse des effets repose sur le test de comparaison avec la « contre-situation factuelle ». Celle-ci doit être projetée avec précision (affaires O2 et GSK) ;

_ singulièrement, le TPI exclut le bilan des effets pro et anticoncurrentiels au stade du § 1, mais reproche à la Commission de ne pas avoir tenu compte dans le « **counterfactual test** » du fait que l'accord lui permettait de concurrencer de plus gros opérateurs (affaire O2).

Ainsi, au stade du § 3 :

_ les éléments de preuve apportés pour le bénéfice de l'exemption individuelle doivent être discutés sérieusement par la Commission, notamment les arguments relatifs à la concurrence intermarque au regard du bien-être du consommateur (GSK).

En guise de transition avec le traitement des abus de position dominante, on peut constater que le défaut de preuve sur l'existence d'un accord ne permet pas d'échapper à l'analyse fondée sur les effets (...) dès lors que la discussion rebondit sur la qualification d'abus de position dominante **(28)**.

II. L'anticipation française de l'analyse fondée sur les effets dans le droit des abus de position dominante

30 L'ampleur des débats. La perspective d'une réforme de l'article 82 CE a été bien accueillie. Les juristes, autant que les économistes, regrettaient les infractions quasi **per se** qui étouffaient la liberté contractuelle **(29)**. Mais la démarche de la Commission a suscité de grandes interrogations. D'abord, la détermination d'un test général pour éclairer la distinction générale entre des comportements acceptables et inacceptables a été très discutée. Ont été pesées les valeurs respectives des tests du concurrent aussi efficient, du sacrifice, du « mais pour », de l'efficacité d'Elhaug, du préjudice subi par le consommateur, de la concurrence par les mérites **(30)**. Ensuite, la nécessité de tests spécifiques à chaque type de restriction a été débattue. Certains ont fait valoir que seule importait une analyse fine de la stratégie à l'oeuvre **(31)**. D'autres ont souligné qu'une règle de raison structurée était le moyen de concilier une véritable analyse des effets, au cas par cas, avec un degré raisonnable de sécurité juridique, en termes d'accessibilité et d'intelligibilité **(32)**. En tout état de cause, est unanimement approuvée la possibilité d'une défense par des justifications objectives et des gains d'efficacité. Mais on s'étonne que, au-delà de la lettre de l'article 82, la Commission subordonne cette faculté aux conditions posées par l'article 81, § 3. Dans l'ensemble, la Commission procède par sa technique de formulation de tests à des renversements de charge de la preuve, mais aussi à la définition de standards de preuve qui apparaissent élevés. Ce pourrait être la source de rigidités qui, paradoxalement, nous ramènerait à des infractions **per se**, nonobstant le discours général affiché en faveur d'une approche fondée sur les effets **(33)**. Avant même que la Commission ait arrêté définitivement sa position sur ces différents points, la pratique française a quelque peu anticipé les lignes directrices. Ainsi a-t-elle avancé dans la voie d'une démonstration plus étoffée d'éviction **(A)** et dans celle d'une admission plus ouverte de justifications objectives **(B)**.

A. Une démonstration plus étoffée de l'éviction

31 La réflexion lancée par la Commission se cantonne aux abus d'éviction. Elle remet à une date ultérieure la présentation de propositions pour le traitement des abus d'exploitation **(34)**. L'explication pressentie tient au fait que la nocivité des abus d'éviction semble plus fréquente et importante. La Commission s'attache ainsi à quatre grands types d'éviction : les prix prédateurs, les techniques de fidélisation, le couplage et le refus de contracter. Seuls les trois premiers apparaissent dans le contentieux de l'année 2006, auxquels s'ajoute un cas d'éviction par pratiques discriminatoires. En outre, l'abus d'exploitation a été envisagé par le Conseil de la concurrence.

1. Les clauses fidélisantes : l'approvisionnement exclusif, les rabais

32 On constate qu'une approche traditionnelle ou formelle demeure à côté d'une approche renouvelée. Ainsi les techniques d'exclusivité sont traitées avec la rigueur habituelle dans l'affaire du label Gîtes de France, tandis que la pratique de rabais dans l'affaire Royal Canin bénéficie d'un traitement qui se démarque très nettement de la jurisprudence communautaire qui, comme on le sait, est très critiquée. En réformant la décision du Conseil, la Cour d'appel de Paris suit un raisonnement audacieux et fait échapper les rabais litigieux à la qualification de l'abus.

_ Cons. conc., 17 mars 2006, déc. n° 06-D-06 relative à des pratiques dans le secteur de l'hébergement touristiques en gîtes ruraux, Concurrences 2006-2, CP, L. Idot, RDC 2006, p. 721 et s. :

La clause d'adhésion exclusive au label Gîtes de France interdisant l'appartenance simultanée à un autre label ; la clause de fourniture exclusive de publicité par le biais des guides des Gîtes de France ; la commercialisation exclusive par le service de réservation des Gîtes de France interdisant la commercialisation par le propriétaire lui-même.

Justifications non admises : meilleure identification du label, facilités de gestion, meilleure information.

Injonction : limiter à deux ans la clause d'exclusivité d'adhésion ; respecter la liberté de commercialisation du propriétaire.

_ CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 4 avril 2006, réformant Cons. conc., 22 juin 2005, déc. n° 05-D-32 relative à des pratiques mises en oeuvre par Royal Canin, C. Prieto, RDC 2005, p.1038 et s. ; Concurrences 2006-3, AW et DS :

Le seul fait qu'une entreprise soit en position dominante n'interdit pas, en principe, le recours à des remises purement quantitatives, en l'espèce des remises calculées sur l'année en fonction du chiffre d'affaires réalisé et des remises récompensant le taux de progression par rapport à l'année

précédente, dès lors que l'effet d'éviction n'est pas caractérisé. Ainsi, il n'est pas contesté que des remises n'aient pas été accordées par les autres fabricants de produits haut de gamme, ni que les remises pratiquées aient conduit les détaillants à se détourner des concurrents. En outre, il est établi que le marché connaissait à l'époque considérée un développement significatif.

2. Les ventes liées par remises de couplage

33 Le même schéma se reproduit. L'approche traditionnellement formelle aboutit à une qualification d'abus tandis que l'approche fondée sur les effets écarte la qualification. Il est vrai que, dans l'affaire de la publicité cinématographique, la pratique n'avait pas été mise en oeuvre. Cette affaire s'inscrit, en tous les cas, dans un courant où l'analyse des effets, par l'absence d'éviction et la possibilité d'effets proconcurrentiels, a permis au Conseil d'affirmer que la pratique des ventes couplées n'est pas **a priori** interdite (35).

_ CA Paris, 26 septembre 2006, réformant la décision ayant écarté un abus de position dominante, Cons. conc., 3 novembre 2005, déc. n° 05-D-58 relative à des pratiques dans le secteur de l'eau potable en Ile-de-France, note critique D. Spector, Concurrences 2006-1, p.1 45 :

La Lyonnaise des eaux avait lié un marché de gros en amont, là où elle détient un monopole de fait relatif à la production, avec le marché en aval relatif à la distribution dans chaque commune : présomption d'atteinte à la concurrence sur le marché en aval par un effet de levier, doublé ici par la technique du « ciseau tarifaire » (le prix sur le marché de l'amont et le prix sur le marché de l'aval sont trop proches pour laisser un espace concurrentiel à l'opérateur demandant l'accès au marché en amont pour revendre au détail).

_ Cons. conc., 28 juin 2006, déc. n° 06-D-18 relative à des pratiques dans le secteur de la publicité cinématographique, L. Idot, RDC 2006, p. 1104 et s. ; Concurrences 2006-3, DS, p. 99 :

Dans 90 % des contrats conclus entre les deux régies Mediavision et A/Screenvision, la double exclusivité sur la publicité nationale et sur la publicité locale s'apparente à un couplage de deux marchés distincts. Cependant, en l'absence d'effet d'éviction des concurrents, une pratique de couplage n'est pas abusive, même en l'absence de justifications objectives. En l'espèce, une forte hausse des parts de marché d'un concurrent est constatée... Car ces clauses n'ont pas été mises en oeuvre !

3. Le refus de contracter

34 L'abus d'éviction moyennant le refus de contracter est appréhendé avec tout autant de circonspection. La qualification d'infrastructure essentielle est retenue dans une hypothèse très caractérisée relative à l'accès à l'internet haut débit. En revanche, elle est écartée pour un refus d'accès à un logiciel, sous le contrôle scrupuleux de la Cour de cassation à propos du critère de l'absence de solution alternative. On relèvera, dans l'affaire du secteur des onduleurs, un souci pédagogique particulier dans la démonstration de l'absence d'effet, avec une profusion de détails, alors que les faits du refus n'étaient même pas établis.

_ CA Paris, 4 juillet 2006, confirmant Cons. conc., 7 novembre 2005, déc. n° 05-D-59 relative à des pratiques de la société France Télécom sur le marché de gros de l'accès l'internet haut débit via ADSL, Concurrences 2006-1, p. 141, AW :

Refus d'accès à Neuf Telecom par des manoeuvres dilatoires puis par l'offre de ses propres services sans accès à l'infrastructure essentielle ; l'opérateur historique a une responsabilité particulière dans le processus d'ouverture du secteur des télécommunications au regard du développement des nouvelles technologies.

_ CA Paris, 31 janvier 2006, après censure de Cass. com., 12 juillet 2005, Nouvelles Messageries de la Presse parisienne (NMPP) c/ Messageries Lyonnaises de Presse (MLP) :

Les faits : le refus d'accès à un logiciel créé par les NMPP, « Presse 2000 », permettant aux dépositaires de presse d'opérer en temps réel un suivi de la distribution des journaux, entraîne pour les dépositaires liés à MLP l'obligation contraignante de saisies manuelles.

Censure car la Cour d'appel n'a pas démontré que les MLP étaient dans l'incapacité de mettre en place des solutions alternatives économiquement raisonnables.

La Cour d'appel de renvoi constate que les MLP ont développé depuis quelques années un logiciel Elgar et que, même s'il requiert des manipulations supplémentaires, les contraintes techniques ne sont pas déraisonnables au point d'empêcher les MLP d'exercer leur activité.

_ Cons. conc., 9 novembre 2006, déc. n° 06-D-34 du 9 novembre 2006 relative à des pièces détachées dans le secteur des onduleurs, Concurrences 2007-1, CP :

Les refus de fourniture ne sont pas établis sur le marché de la marque de pièces détachées. Au demeurant, aucun effet d'exclusion n'est constaté et n'est susceptible d'induire un verrouillage d'accès à une fonction essentielle pour la réparation. Par surcroît, l'évolution du marché de la maintenance ne montre pas que la part du constructeur dans la maintenance de ses appareils ait progressé au détriment des autres opérateurs économiques. De manière générale, l'offre de maintenance est assurée par les constructeurs d'onduleurs dans une fourchette de 40 à 50 % des interventions sur leurs propres marques. Or la société MGE n'assure que 45 % de la maintenance sur ses propres appareils. De plus, l'enquête réalisée auprès des hôpitaux publics révèle que les marchés publics de maintenance ont été accordés aux trois types d'opérateurs économiques actifs sur ce marché de la maintenance des onduleurs construits par MGE.

4. Les pratiques discriminatoires d'exclusion

35 La problématique de l'accès discriminatoire s'entrecroise avec celle d'autres types d'abus, comme les techniques fidélisantes, les ventes liées et, bien sûr, le refus de contracter. Dans la théorie des infrastructures essentielles, la discrimination peut être un élément de caractérisation de l'abus (36). Mais la discrimination peut aussi exister de manière indépendante (37). Dans l'affaire de l'accès aux équipements de scanner et d'IRM, l'abus est caractérisé par l'effet de l'autorisation d'exploitation des équipements lourds, qualifiée de barrière à l'entrée du marché des examens par les médecins libéraux.

_ Cons. conc., 6 décembre 2006, déc. n° 06-D-36 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société civile de moyens Imagerie médicale du Nivolet, Concurrences 2007-1, CP :

Le traitement discriminatoire dans l'octroi des vacances horaires par semaine et par mois pour l'accès au scanner est bien établi : aucune clé de répartition sur des critères objectifs et vérifiables n'est présentée ; la saturation des créneaux n'est pas étayée ; il en va de même de la prétendue incompétence des médecins évincés.

L'effet d'éviction est caractérisé. L'autorisation administrative nécessaire à l'exploitation d'un scanner ou d'un IRM, selon une carte sanitaire, constitue une barrière à l'entrée du marché des examens sur ces équipements réalisés par des médecins libéraux. Il est patent que les médecins plaignants n'avaient aucune chance d'obtenir une telle autorisation. La limitation de l'accès à ces équipements par des conditions discriminatoires constitue une barrière artificielle pour ces médecins.

5. Les pratiques tarifaires

36 Le test de ciseau tarifaire est renforcé dans sa spécificité. Malgré sa proximité avec le refus de vente, qui avait incité la Cour d'appel de Paris à exiger l'absence d'alternative pour caractériser l'abus, cette pratique voit, par la censure de la Cour de cassation, sa place renforcée dans la catégorie des abus relatifs aux prix instruments d'éviction. En revanche, l'abus inspire beaucoup de réticence lorsqu'il entre, avec les prix excessifs, dans la catégorie des abus d'exploitation.

a) Pratique de ciseau tarifaire

37 La notion de ciseau tarifaire se situe au croisement de plusieurs notions : les prix prédateurs, les prix excessifs, éventuellement le refus de vente. Le test du ciseau tarifaire vise spécialement à déterminer dans quelle mesure la juxtaposition d'un prix en amont élevé et d'un prix en aval empêche une entreprise techniquement efficace, mais présente seulement en aval, d'exercer une concurrence efficace (D. Spector). Il s'agit donc de savoir si cette dernière peut couvrir ses coûts qui intègre le prix en amont, tout en proposant un prix suffisamment attractif. Dans l'affaire du marché de la téléphonie fixe sur le mobile, la Cour de cassation approuve l'application qui en a été faite par le Conseil de la concurrence. Elle infirme la Cour d'appel qui avait reproché au Conseil de ne pas avoir recherché l'absence d'alternative, comme cela est exigé dans l'analyse du refus de vente. La Cour de cassation opte donc pour la spécificité du test de ciseau tarifaire dans l'analyse des effets.

_ Cass. com., 10 mai 2006, pourvoi n° 05-14.501, censure de CA Paris, 12 avril 2005 ayant réformé Cons. conc., 14 octobre 2004, déc. n° 04-D-48, pour avoir retenu contre France Telecom et Cegetel devenu SFR un abus de position dominante sur le marché de la téléphonie fixe vers mobile, Concurrences 2005-1, D. Spector, p. 65 :

Le Conseil avait retenu sur la base de tests de ciseau tarifaire que France Telecom et SFR avaient pratiqué des prix de détail qui ne couvraient pas les coûts incrémentaux encourus pour ce type de prestation. La Cour d'appel lui reproche de ne pas avoir recherché si les concurrents de France Telecom et SFR disposaient ou non d'autres moyens permettant d'éviter l'effet de ciseau. La Cour de cassation considère que la Cour d'appel a méconnu l'article 82 CE et l'article L. 420-2 : il lui appartenait non pas de rechercher si les nouveaux opérateurs ne disposaient plus d'aucun moyen permettant d'éviter l'effet de ciseau subi en cas d'interconnexion directe, mais de rechercher si les pratiques de ciseau tarifaire respectivement mises en oeuvre par France Telecom et SFR avaient pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, notamment après la signature par France Telecom d'accords de surcharge tarifaire vers mobiles avec les principaux pays au travers desquels le trafic était « rerouté ».

b) Prix excessifs

38 Les abus d'exploitation renvoient à l'utilisation passive de la domination du marché, en tant que rente de situation. Néanmoins, la condamnation de prix excessifs crée un malaise au regard du risque d'instaurer un contrôle des prix. Certains font valoir que les autorités de concurrence n'ont ni la vocation, ni les moyens de se placer en autorités de régulation (38). D'autres considèrent qu'il est inutile de déployer des efforts coûteux si les prix, par leur excès, peuvent être immédiatement contestés avec succès par des concurrents (39). Enfin et surtout, les méthodes d'évaluation des coûts restent encore très incertaines, d'où la nécessité d'être prudent pour ne pas décourager les investissements (40). C'est certainement cela qui a conduit la Commission européenne à juger non prioritaire le traitement des abus d'exploitation dans la réforme de l'article 82 CE. En outre, le contentieux en droit communautaire reste faible. C'est donc sans surprise que le Conseil de la concurrence écarte toute qualification d'abus de position dominante à propos des montants excessifs des primes d'assurance à la charge des échographistes foetaux. Il s'appuie pour cela sur une analyse de l'impact des évolutions jurisprudentielles sur les équilibres financiers des sociétés d'assurance, notamment sur les incertitudes affectant le niveau de sinistralité (41). Pour parachever la démonstration, il souligne que la désertion du marché de l'assurance dément l'idée d'un abus par un prix excessif.

_ Cons. conc., 9 novembre 2006, déc. n° 06-D-34 relative à des saisines concernant le secteur de l'assurance responsabilité médicale, Concurrences 2007-1, CP :

Selon la jurisprudence antérieure, constitue un élément important d'appréciation la comparaison des prix dénoncés comme étant abusivement élevés avec d'autres prix pratiqués pour des biens ou des services offerts dans des conditions similaires. Néanmoins, en l'espèce, les tarifs des assureurs restant sur le marché ont tous subi la même évolution à la hausse, ce qui offre une explication exogène plausible au parallélisme de comportement. En l'occurrence, les évolutions juridiques ont engendré des incertitudes sur l'évaluation des coûts des assurances. Analyse des effets : absence de barrière à l'entrée du marché de la responsabilité civile médicale, car les assurances n'ont pas besoin d'un agrément spécifique. Or aucun nouvel assureur n'est arrivé sur le marché, nonobstant la hausse des primes et l'obligation d'assurance instituée par la loi Kouchner. Bien au contraire, ils en sont sortis. Si les prix avaient été abusivement élevés par rapport au niveau des risques et des coûts, de nouveaux opérateurs en auraient profité pour prendre des parts de marché.

B. L'admission de justifications objectives

39 Le projet de lignes directrices admet que des comportements d'exclusion puissent échapper à la qualification d'abus. Il distingue deux types de défense : les justifications objectives et les gains d'efficacité susceptibles de contrebalancer des effets anticoncurrentiels. À l'instar du régime de l'article 81, § 3, il appartient à l'entreprise en cause de rapporter la preuve de ces éléments. En droit commun de la preuve, il est naturel qu'il y ait un renversement de la charge de la preuve dès lors qu'une défense est invoquée. S'agissant des gains d'efficacité, la Commission se réfère à nouveau à l'article 81, § 3 et, précisément, aux quatre conditions auxquelles l'exemption est subordonnée. Bien que cela puisse surprendre d'ajouter ainsi à la lettre de l'article 82 CE, il est permis de penser que ces quatre conditions relèvent implicitement de toute approche raisonnable d'un bilan des effets anti et pro concurrentiels. S'agissant des justifications objectives, le projet insiste sur le fait que l'entreprise dominante doit faire valoir un élément de nécessité ou de contrainte qui lui soit extérieur. Il mentionne l'exemple de raisons de sécurité ou de santé liées à la dangerosité d'un produit. Cette catégorie des justifications objectives couvre également la défense d'intérêts légitimes ou « **meeting competition defence** », déjà envisagée par le juge communautaire (42). Sur ces deux formes de justifications objectives ... les intérêts légitimes et la nécessité objective ..., le Conseil de la concurrence a offert deux illustrations convaincantes lesquelles, dans des contextes tout à fait originaux, ont été confirmées par la Cour d'appel de Paris sans difficulté.

_ CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 23 janvier 2007, n° 2006/01498, confirmant Cons. conc., 20 décembre 2005, déc. n° 05-D-72 relative à des pratiques mises en oeuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments, Concurrences 2006-1, p. 139, obs. A.W., C. Prieto, RDC 2006, p. 346 et s. :

Refus de vendre émanant de laboratoires à des grossistes-répartiteurs vendant à l'exportation. Non-lieu prononcé par le Conseil de la concurrence au motif qu'il n'est pas abusif pour un laboratoire de défendre ses intérêts commerciaux en refusant de livrer à un prix administré un produit qui est en fait recherché par une entreprise exclusivement exportatrice que dans la mesure où sa revente sur un marché étranger lui permet de dégager un profit et qui n'est en aucun cas destiné à être vendu sur le marché national pour lequel le prix administré a été fixé.

La Cour d'appel adopte ces motifs après avoir préalablement rappelé qu'une entreprise a le droit de prendre les mesures raisonnables qu'elle estime appropriées pour protéger ses intérêts commerciaux à condition que son comportement soit proportionné à la menace et ne vise pas à renforcer une position dominante ou à en abuser.

— CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 4 juillet 2006, n° 2005/23732, confirmant Cons. conc., 8 novembre 2005, déc. n° 05-D-60 relative à des pratiques mises en oeuvre par la congrégation cistercienne de l'Immaculée conception, Concurrences 2006-1, p. 137, obs. AW, C. Prieto, RDC 2006, p. 349 :

La Congrégation est en situation de monopole en détenant l'exclusivité de l'utilisation d'un ponton qui permet l'accostage sur l'île Saint Honorat. Elle réserve cette utilisation à sa propre compagnie de transport, refusant l'accès au ponton à d'autres transporteurs. Sauf justifications objectives, un opérateur économique en position dominante ne saurait se réserver un marché connexe. En l'espèce, le Conseil de la concurrence retient la nécessité objective de préserver la tranquillité du site monastique et de sauvegarder l'intégrité du site classé. Il se fonde sur la géographie des lieux, le caractère privé de l'île, difficile à protéger de visites intempestives. Il reconnaît la nécessité de contrôler le flux des visiteurs au regard d'expériences désastreuses. Il estime enfin que ce flux ne peut être maîtrisé efficacement que par une billetterie centralisée. Il en déduit l'absence de solution alternative permettant d'atteindre les mêmes objectifs avec moins de restrictions de concurrence.

40 En conclusion sur le traitement méthodologique des abus de position dominante, tel qu'il apparaît dans l'année 2006, le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris se sont attachés à traiter l'éviction, dans des affaires significatives, de manière renouvelée sans plus attendre la publication des lignes directrices relatives à l'article 82 CE. Ainsi se sont-ils appuyés sur la description d'une stratégie d'éviction (affaire de l'imagerie médicale) ou sur le constat de son absence (affaires Royal Canin, publicité cinématographique, secteur des onduleurs). Par là même, leur intention n'était-elle pas de démontrer l'inutilité de tests spécifiques, lourds et critiqués pour leur dérive vers des infractions **per se** ?

Le Conseil de la concurrence va même au-delà des travaux de réflexion de la Commission en traitant de manière fort circonstanciée un cas d'abus d'exploitation (affaire de l'assurance médicale des échographistes).

Enfin, deux formes de justifications objectives sont mentionnées dans les travaux de réflexion de la Commission et sont ici présentes. Ceci estompe quelque peu l'originalité du projet de la Commission sur la possibilité d'un infléchissement dans la qualification d'abus. Il faut souligner que l'analogie des conditions avec celles de l'exemption individuelle en matière d'ententes trouve ici une adhésion implicite. Ces conditions apparaissent, il est vrai, comme des exigences transversales à tout le droit de la libre concurrence. Ainsi, la défense d'intérêt légitime est retenue de manière convaincante (exportations parallèles de médicaments), de même que la nécessité objective (congrégation cistercienne).

Catherine PRIETO

Professeur à l'Université

Paul Cézanne Aix-Marseille

(1) D. Encaoua et R. Guesnerie, Rapport, in Politiques de la concurrence, Conseil d'analyse économique, Doc. fr. 2006, p. 29 ; H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, Harvard University Press 2005, p. 32.

(2) H. Hovenkamp, préc., p. 38.

(3) C'est là une différence importante avec l'Europe où règne quasi-exclusivement le «public enforcement».

(4) H. Hovenkamp, préc., p. 44. Par contraste, l'enjeu est moindre en Europe, mais il est potentiellement sensible si l'on prend en compte l'intensification de la mise en oeuvre des articles 81 et 82 par le juge national qui est recherchée dans le règlement n° 1/2003.

(5) I. Gavil, W. Kovacic et J. Baker, *Antitrust Law in Perspective : Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, Thomson West 2002, p. 168.

(6) On sait qu'aux États-Unis les textes fondamentaux restent inchangés, alors que les politiques antitrust fluctuent selon les majorités politiques ou selon l'emprise de telle ou telle école de pensée.

(7) Règlement n° 2790/99 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, § 3 à des catégories d'accords verticaux ; lignes directrices sur les restrictions verticales.

(8) Règlements n° 2658/2000 du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, § 3 à des accords de spécialisation et n° 2659/2000 à des accords de recherche et de développement ; lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 aux accords de coopération horizontale.

(9) Règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, § 3 du Traité à des accords dans le secteur automobile ; lignes directrices relatives au secteur automobile.

(10) Règlement n° 772/2004 du 7 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, § 3 aux catégories d'accords de transfert de technologie ; lignes directrices.

(11) Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3, 2004/C/ 101/08, in «paquet» accompagnant le règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE.

(12) L. Idot, La qualification de la restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, § 3 CE, in *La modernisation du droit de la concurrence*, dir. G. Canivet, LGDJ 2006, p. 85 à 105 ; L. Idot, Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE, *Bruylant* 2004, p. 22 à 35.

(13) DG Competition Paper on the application of Article 82 to exclusionary abuses. V^o, parmi les consultations reçues par la Commission et mises en ligne, celle de l'AFEC rédigée sous la direction de L. Vogel.

(14) Report by EACGP, *An Economic Approach to Article 82 EC*, site DG COMP.

(15) C'est le fil conducteur de tous les rapports présentés, in *What is an abuse of dominant position ?*, *European Competition Law Annual* 2003, Institut européen de Florence, Hart Publishing 2005. V. aussi M. Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, p. 411 et s.

- (16) CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-LaRoche, aff. 85/76, Rec. CJCE 1979, p. 461.
- (17) F. Jenny, Abus de position dominante et modernisation de l'article 82 CE, chapitre 4, in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, dir. G. Canivet et F. Brunet, LGDJ à paraître.
- (18) U. Böge, *The Role of Economics in Antitrust Enforcement, a German and European Approach*, Conference Antitrust Reform in Europe : A Year in practice, International Bar Association et Commission européenne, Bruxelles, 10 mars 2005.
- (19) V^o la démonstration faite à propos des remises, cf F. Jenny, préc., in fine.
- (20) A. Vandecasteele et D. Waelbroeck, *Une nouvelle approche à l'égard des abus de monopolisation ? Quelques commentaires à propos du document de travail de la Commission européenne relatif à l'application de l'article 82 aux abus de monopolisation*, RIDE 2006, p. 87.
- (21) TPICE, 2 mai 2006, O2 GmbH c/ Commission européenne, T-328/03, Europe, L. Idot ; *Concurrences 2006-2*, p. 87, obs. M. v.d.W ; C. Prieto, RDC 2007, p. 329 et s. «Concurrence - Ententes - Accord notifié - Télécommunications mobiles de la troisième génération - Attestation négative - Exemption individuelle - Analyse de la situation en l'absence d'accord - Impact de l'accord sur la concurrence» O2 GmbH et T-Mobile GmbH (filiale de l'opérateur historique Deutsche Telekom) ont notifié à la Commission un accord-cadre, en date du 20 septembre 2001, concernant le partage d'infrastructures et l'itinérance nationale des télécommunications mobiles GSM de la troisième génération (ci-après «3G») sur le marché allemand. La Commission rend une décision d'exemption limitée dans le temps, ce qui incite O2 à introduire un recours. Le TPICE annule sa décision pour défaut d'analyse in concreto des effets restrictifs de concurrence de l'accord en cause.
- (22) TPICE, 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline Services Unlimited, T-168/01, Europe, novembre 2006, n^o 326, L. Idot ; *Concurrences 2006-4*, p. 66, obs. M. v.d.W ; C. Prieto, RDC 2007, p. 329 et s. «Concurrence - Distribution en gros de médicaments - Commerce parallèle - Prix différenciés - Article 81, § 1 CE - Accord - Restriction de la concurrence - Objet - Marché en cause - Effet - Article 81, § 3 CE - Contribution à la promotion du progrès technique - Absence d'élimination de la concurrence - Preuve - Motivation - Subsidiarité» Glaxo Welcome, filiale espagnole de GlaxoSmithKline, produit et commercialise des médicaments en Espagne. Certains de ses médicaments étant attractifs pour le commerce parallèle, cette filiale a décidé d'introduire des prix différenciés dans ses conditions générales de vente. Les médicaments destinés aux grossistes fournissant la demande espagnole étaient à un prix inférieurs à ceux destinés à des États membres. La Commission constate une violation de l'article 81, § 1 et rejette la demande d'exemption individuelle. Le TPICE constate lui aussi une violation de l'article 81, § 1 mais, à la différence de la Commission, en retenant non pas un objet mais des effets restrictifs de concurrence. En outre, il annule le rejet de l'exemption en reprochant à la Commission d'avoir écarté une contribution à la promotion du progrès technique.
- (23) CJCE, 19 février 2002, aff. C-309/99 : «Il convient toutefois de relever que tout accord entre entreprises ou toute décision d'une association d'entreprises qui restreignent la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles ne tombent pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, § 1 du Traité. Il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice (v., en ce sens, arrêt du 12 décembre 1996, Reisebüro Broede, C-3/95, Rec., p. I-6511, pt 38). Il convient ensuite d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite desdits objectifs» (pt 97).
- (24) Cette analyse est exceptionnelle et a le mérite de «casser» la rigidité de la Commission en matière de cloisonnement des marchés nationaux. Il est vrai que le secteur des médicaments est un secteur régulé en raison de la prise en charge du coût des médicaments par les systèmes nationaux d'assurance maladie (pt 134) et, à ce titre, ne peut être assimilé au secteur de la distribution automobile et à l'analyse habituelle du bien-être du consommateur (pt 141). Sur un plan général, on connaît le recul de l'application du droit de la concurrence face à une régulation sectorielle (v. de manière emblématique l'arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Trinko*, *Verizon Communications v. Law Office of Curtis, v. Trinko, LLP*, 540, US 682, 2004, *Concurrences 2004-1*, p. 97 ; v. aussi G. Canivet, *Approche comparée Europe/États-Unis sur les rapports entre droit de la régulation et droit de la concurrence dans les industries de réseaux*, in *Balancing Antitrust and Regulation in Network Industries*, Cerna c/ Berkeley, 12 janvier 2006). En dehors de toute régulation, on ne s'étonnera donc pas du maintien de la sévérité habituelle dans le secteur de la distribution automobile : CJCE, 6 avril 2006, *General Motors*, C-551/03, RDC 2006, p. 729 et s. :- une politique d'approvisionnement restrictive, limitant les livraisons sur la base des objectifs de ventes existants ; - une politique restrictive en matière de primes, excluant les ventes à l'exportation à des consommateurs finaux des campagnes de primes sur les ventes au détail ; - une interdiction directe des exportations sans distinguer les consommateurs finaux et les concessionnaires.
- (25) CJCE, 15 février 2005, aff. C-12/03, pt 39 : «Si la Cour reconnaît à la Commission une marge d'appréciation en matière économique, cela n'implique pas que le juge communautaire doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique. En effet, le juge communautaire doit notamment vérifier non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées».
- (26) H. Legal, *Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État ?*, *Concurrences 2006-1*, p. 69, n^o 6. V. aussi H. Legal, *Standards of proof and standards of judicial review in EU Competition Law*, 2005 Fordham Institute, B. Hawk ed ; H. Legal, *Le juge et les instruments de l'analyse économique*, in *L'analyse économique, serviteur ou maître du droit ?*, Ateliers de la concurrence, 2 avril 2003, site DGCCRF.
- (27) Cf. L. Idot, *La qualification de restriction de concurrence*, in *La modernisation du droit de la concurrence*, dir. G. Canivet, LGDJ 2006, n^o 11.
- (28) CA Paris, 23 janvier 2007, *Pharmalab*, RG 2006/01498.
- (29) *Atelier de la concurrence*, 19 octobre 2005, *La réforme de l'article 82 CE* : A. Wachsmann, *Les limites de l'approche actuelle en matière d'abus de position dominante* ; P. Rey, *Une approche économique de l'article 82 CE* ; J.-Y. Art, *La concurrence par les mérites, le point de vue des entreprises*, *Concurrence et consommation* n^o 146.
- (30) *La modernisation du droit de la concurrence*, dir. G. Canivet, LGDJ 2006 : v. spécialement B. Hawk, *Analyse comparative de l'article 82 C.E. et de la section 2 du Sherman Act*, p.131 ; P. Rey, *Concurrence par les mérites*, p. 151 ; B. Vesterdorf, *Considérations sur la notion de concurrence par les mérites*, p. 163.
- (31) P. Rey, préc. ; A. Perrot, *Abus de position dominante : prédation, ventes liées, remises*, in *Politiques de concurrence*, Conseil d'analyse économique, complément F, Doc. fr. 2006, p. 257. De manière générale, cf EAGCP Report, préc.
- (32) R. O'Donoghue et A. Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing 2006 ; D. Spector, *Analyse économique et sécurité juridique : entre règles per se et règle de raison*, in *Politiques de la concurrence*, Conseil d'analyse économique, préc., complément F, p. 271 ; D. Evans, *How Economists can help Courts design competition rules*, *World Competition* 28 (1) : 93-99, 2005.
- (33) D. Spector, *From Harm to Competition to Harm to Competition : one more effort please !*, *European Competition Journal* July 2006, p. 145.
- (34) E. Paulis, *Le projet de lignes directrices de l'article 82*, in *Atelier de la concurrence*, 19 octobre 2005, préc.

(35) Cons. conc., 18 mars 2005, déc. n° 05-D-13, relative aux pratiques mises en oeuvre par le Groupe Canal + dans le secteur de la télévision à péage, Concurrences 2005-2, D. Spector, p. 60, C. Prieto, RDC 2005, p. 705 et s.

(36) R. O'Donoghue et A. J. Padilla, *The law and economics of article 82 CE*, Hart Publishing 2006, p. 455.

(37) Cass. com., 5 mars 1996, pourvoi n° 14-17.699, rejet du pourvoi contre CA Paris, 6 juillet 1994, confirmant la décision n° 93-D-42 du 19 octobre 1993, société Elf Antar et Total Réunion Comores.

(38) R. Whish, *Competition Law*, LexisNexis UK, 2003, p.195.

(39) L. Gyselen, *Rebates : Competition on the Merits or Exclusionary Practice ?*, *European Competition Law Annual* 2003.

(40) M. Motta, *Excessive Prices in the EU*, *ibidem*.

(41) La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, dite « Kouchner », et la loi n° 2002-1577, dite « About », ont aménagé les conséquences de l'arrêt Perruche (Cass. com., 17 novembre 2000, pourvoi n° 99-13.701, Bull. AP, n° 9). Mais la Cour européenne des droits de l'homme a stigmatisé l'effet rétroactif de la loi Kouchner (CEDH, 6 octobre 2005, Draon c/ France, n° 1513/03, et Maurice c/ France, n° 11810/03). La Cour de cassation ne pouvait que suivre cette dernière analyse (Cass. com., 24 janvier 2006, pourvois n°s 02-13.735 et 01-16.684).

(42) CJCE, 5 avril 1976, , *United Brands*, aff. 27/76, Rec. CJCE 1976, p. 425 ; TPICE, 1^{er} avril 1993, *BPB Industries et British Gypsum*, aff. T-65/89, Rec. CJCE 1993, II-389 ; TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar*, aff. T-228/97, Rec. CJCE 1999, II-2669.